

WYROK
z dnia 9 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: MD Polska Sp. z o.o. (lider), Dedeco Sp. z o.o. (partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Królowej Korony Polskiej 24, 70-486 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń** protestu z dnia 21 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Projektowo-Usługowe „MODUŁ” s.c., Arch. M. J. Olbratowska, Arch. Z. Nowacki, ul. Jackowskiego 14, 85-232 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz nakazuje wykluczenie Przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: MD Polska Sp. z o.o. (lider), Dedeco Sp. z o.o. (partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Królowej Korony Polskiej 24, 70-486 Szczecin**;

2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń** na rzecz **Konsorcjum firm: MD Polska Sp. z o.o. (lider), Dedeco Sp. z o.o. (partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Królowej Korony Polskiej 24, 70-486 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: MD Polska Sp. z o.o. (lider), Dedeco Sp. z o.o. (partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Królowej Korony Polskiej 24, 70-486 Szczecin**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „*Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej Hali widowiskowo-sportowej wraz z zagospodarowaniem terenu*”, zostało wszczęte przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji

w Toruniu, ul. Gen. J. Bema 23/29, 87-100 Toruń zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 123-179701 w dniu 01.07.2009 r.

W dniu 10.09.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Projektowo - Usługowego „MODUŁ” S.C., Arch. M.J. Olbratowska, Arch. Z. Nowacki, ul. Jackowskiego 14, 85-232 Bydgoszcz, zwanego dalej: „PP-U „MODUŁ”” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: „Archimedia” Pracownia Architektoniczna, Architekci & Inżynierowie, ul. Wolsztyńska 4, 60-361 Poznań zwana dalej: „ARCHIMEDIA”. Trzecią pozycję zajęło Konsorcjum firm: 1) MD Polska Sp. z o.o., ul. Królowej Korony Polskiej 24, 70-486 Szczecin (lider); 2) Dedeco Sp. z o.o., ul. Św. Ducha 5 a/15, 70-205

Szczecin (partner) zwane dalej: „Konsorcjum MD - DEDECO” albo „Protestującym” albo „Odwolującym”.

W dniu 21.09.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum MD – DEDECO złożyło protest na:

- 1) czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty PP-U „MODUŁ”,
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy PP-U „MODUŁ”,
- 3) zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy ARCHIMEDIA. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 Pzp.

Protestujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PP-U „MODUŁ”,
- 2) dokonanie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy PP-U „MODUŁ” i wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania,
- 3) dokonanie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu, oferty ARCHIMEDIA i wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i dalszych czynności udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę PP-U „MODUŁ”, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

Protestujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ Wykonawca powinien przedstawić aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidzianą prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymanie wykonania decyzji w całości. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów, w związku z czym zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp został wezwany pismem z dnia 13.08.2009 r. do uzupełnienia oferty. W dniu 14.08.2009 r. Wykonawca przedłożył dokumenty, ale dotyczyły one jedynie braku zaległości podmiotu będącego spółką cywilną. Natomiast brak było dokumentów obejmujących wykonawców tj. osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, którzy złożyli ofertę. Zamawiający ponownie pismem z dnia 24.08.2009 r. wezwał Wykonawców do uzupełniania oferty w tym zakresie. W odpowiedzi na to przedstawili ponownie błędne zaświadczenia, gdyż nie potwierdzały braku zaległości na dzień złożenia ofert. Zamawiający pismem z dnia 02.09.2009 r. po raz trzeci wezwał Wykonawców do uzupełnienia oferty, co zostało wykonane pismem z dnia 07.09.2009 r. W związku z powyższym Zamawiający

naruszył art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie Wykonawców do uzupełnienia oferty może bowiem odnośnie tego samego uchybienia być dokonane tylko i wyłącznie jeden raz. Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Wykonawcy, a nie ponownie wyzwać do uzupełnienia braków.

Dodatkowo Protestujący stwierdził, że zgodnie z treścią SIWZ Wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługą stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. co najmniej 2 prace projektowe dotyczące

obiektu kubaturowego, w tym co najmniej jednego zadaszonego obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego, o wartości każdego projektu co najmniej 1 000 000,00 zł brutto lub o wartości kosztorysowej robót min. 50 000 000,00 zł brutto. Z przedstawionego przez Wykonawcę wykazu robót wynikało, że tylko jedną pracę tj. Hala Sportowo-Widowiskowa „Łuczniczka” w Bydgoszczy można uznać za pracę projektową dotyczącą wykonania obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego. Tymczasem przedmiotowa hala została oddana do użytku w październiku 2002 r. Powoduje to, że nie można uznać, aby praca ta została wykonana 3 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, jako dowód załączył wydruk ze strony internetowej hali widowiskowo-sportowej „Łuczniczka” w Bydgoszczy.

Odnosnie oferty ARCHIMEDIA, Protestujący stwierdził, że oferta ta winna zostać przez Zamawiającego odrzucona ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca składając ofertę nie określił w sposób zgodny z kodeksem cywilnym oraz kodeksem spółek handlowych kto jest Wykonawcą, tzn. kto składa ofertę. Wskazane oznaczenie Wykonawcy i załączone dokumenty powodują, że osoby trzecie zostają wprowadzone w błąd, co do osoby przedsiębiorcy przez wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa. Po analizie ww. dokumentów wskazał, że pod tym samym adresem funkcjonują dwa różne przedsiębiorstwa;

1) Archimedia Architekci & Inżynierowie Sp. z o.o.

2) Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie Krzysztof Janus.

W jego ocenie, z treści oferty oraz załączonych dokumentów i pieczęci przedsiębiorstwa nie wynika, który z przedsiębiorców jest oferentem. Wbrew przepisom k.s.h. oznaczenie nie zawiera formy prawnej, lub wbrew przepisom k.c. oznaczenie przedsiębiorstwa nie zawiera imienia i nazwiska przedsiębiorcy. Niniejsze działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Stwierdził, że z analizy pozostałej części oferty można wywnioskować, że oferentem jest Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie Krzysztof Janus, wynika to z okoliczności, że do oferty załączono polisę ubezpieczeniową tego przedsiębiorcy, zaświadczenia o nie zaleganiu z właściwego Urzędu Skarbowego oraz ZUS oraz wypis z ewidencji działalności gospodarczej. Wobec powyższego podniósł, że nie

spełnione zostały wymogi SIWZ dotyczące wykazania przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługą stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. co najmniej 2 prace projektowe dotyczące obiektu kubaturowego, w tym co najmniej jednego zadaszonego obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego, o wartości każdego projektu co najmniej 1.000.000,00 zł brutto lub o wartości kosztorysowej robót min. 50.000.000,00 zł brutto.

Wszystkie roboty na jakie powoduje się Wykonawca, tj. Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie Krzysztof Janus wykazane zostały jako wykonane przez Archimedia Architekci & Inżynierowie Sp. z o.o. Wynika to ze strony internetowej tego ostatniego przedsiębiorcy, tj. spółki z o.o. (dowód - 3 strony wydruku stron internetowych). Wszystkie wykazane przez Wykonawcę Krzysztofa Janusa projekty wykonane zostały przez inny podmiot, tj. sp. z o.o. Archimedia Architekci & Inżynierowie. Potwierdzeniem tego jest treść załączonych do oferty pozwoleń na budowę, które otrzymuje projektant tj. sp. z o.o. Archimedia Architekci & Inżynierowie. Dodatkowo wskazał, że wartość prac projektowych na hale sportowo - widowiskową w Koszalinie wynosi 524.900,00 zł, a wartość robót zgodnie z informacją ze strony internetowej to 34 mln. zł. Reasumując stwierdził, że mając na uwadze, że referencje nie dotyczą podmiotu, który złożył ofertę oraz, że podmiot ten w sposób wprowadzający w błąd co do osoby przedsiębiorcy składa ofertę i oznacza swoje przedsiębiorstwo jego ofertę należy odrzucić.

W dniu 22.09.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 25.09.2009 r. do postępowania protestacyjnego przystąpił Wykonawca PP-U „MODUŁ” zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, żądając oddalenia protestu z następujących przyczyn:

Wskazał, że art. 26 ust. 3 Pzp nie zakazuje Zamawiającemu, więcej niż jednokrotnego wezwania wykonawców do uzupełnienia lub poprawienia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, tym bardziej że te oświadczenia i dokumenty mają jedynie charakter formalny i w żadnym zakresie nie wpływają na

merytoryczną ocenę ofert składanych przez wykonawców w toku postępowanie, a jedynie mają umożliwić Zamawiającemu wybranie najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem merytorycznych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Ponadto, w jego ocenie, wykazał, że spełnił wymogi art. 22 Pzp, tj. zrealizował w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. wykonał 2 prace projektowe dotyczące obiektu kubaturowego, w tym co najmniej jednego zadaszonego obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego, o wartości każdego projektu min. 1.000.000,00 zł brutto lub o wartości

kosztorysowej robót min. 50.000.000,00 zł. brutto. Kwestionowana przez Protestującego Hala Sportowo-Widowiskowa „Łuczniczka” w Bydgoszczy była realizowana od 2001 aż do chwili obecnej, co potwierdzają następujące dokumenty: 1) zaświadczenie Dyrektora Hali Sportowo-Widowiskowej „Łuczniczka” w Bydgoszczy Pana Piotra Drażdżewskiego z dnia 24.09.2009 r.; 2) odpis decyzji nr 680/02 Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 7.10.2002 r. w przedmiocie udzielenia pozwolenia na częściowe użytkowanie Hali Sportowo-Widowiskowej „Łuczniczka” w Bydgoszczy. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 28.09.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż w dniu 13.08.2009 r. wezwał do uzupełnienia oferty w zakresie opisanym w proteście. Z uwagi na okoliczność, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył identyczne dokumenty jak te, które znajdowały się już w ofercie, skierował ponownie wezwanie do uzupełnienia oferty. W dniu 31.08.2009 r. wykonawca złożył dokumenty wystawione przez ZUS i US potwierdzające, iż każdy ze wspólników spółki cywilnej nie zalega z należnymi opłatami i podatkami. Dokumenty te wystawione zostały w dniu i na ten dzień potwierdzały brak zaległości. Z uwagi na fakt, iż w ofercie znajdowały się już odpowiednie zaświadczenia z US i ZUS wystawione na spółkę cywilną potwierdzające brak zaległości wystawione przed dniem składania ofert, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonych zaświadczeń. Przedmiotem tych wyjaśnień było potwierdzenie przez właściwe organy, iż brak zaległości wspólników spółki wystawiony we wrześniu 2009 r. obejmuje także dzień składania ofert, tj. 10.08.2009 r. W dniu 7.09.2009 r. Zamawiający otrzymał stosowne zaświadczenia ZUS i US.

Zamawiający oceniając spełnianie przez wykonawcę warunku posiadania odpowiedniego dokonywał swoich ocen na podstawie oświadczeń doświadczenia i dokumentów przedłożonych w ofercie. Zlecenie zaprojektowania hali zostało dokonane na podstawie jednej umowy, odbywało się natomiast w dwóch etapach, przy czym zakończenie drugiego miało miejsce w grudniu 2006 r. Potwierdza to kopia referencji wystawiona przez Dyrektora Hali Sportowo-Widowiskowej „Łuczniczka” w Bydgoszczy. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw aby uznać, że wykonawca nie spełnia postawionych warunków, tj. uznać, iż projektowanie została zakończona przed 3 letnim okresem, o którym, mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów*”.

W ocenie Zamawiającego także zarzuty dotyczące oferty złożonej przez firmę ARCHIMEDIA nie znajdują potwierdzenia. Bezsporne jest, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyła „Archimedia” Pracownia Architektoniczna - Architekci & Inżynierowie

Krzysztof Janus. Na ten podmiot wystawione są wszelkie dokumenty wymagane w SIWZ. Ustalenia Protestującego, dotyczące informacji zawartych na stronie internetowej, której adres podany został przez wykonawcę w formularzu nie potwierdzają, iż wykonawcą prac wskazanych w ofercie na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia jest firma Archimedia Architekci & Inżynierowie Sp. z o.o. Opisy zamieszczone pod nazwami poszczególnych prac projektowych nie zawierają nazwy firmy. Na stronie gdzie znajduje się charakterystyka firmy (min. in. czas i przedmiot działania) użyto określenia „Pracownia Architektoniczna”. Odniesienie do spółki Archimedia Architekci & Inżynierowie znajduje się wyłącznie jako kontakt zawierający dane teleadresowe.

W dniu 07.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego)

Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Stwierdził, że naruszony został przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Dokonywane trzykrotnie wezwania do uzupełniania dokumentów dotyczyły bowiem tych samych dokumentów potwierdzających te same okoliczności. Stanowisko to jest potwierdzone m.in. orzecnictwem Sądów i KIO (np.: orzeczenie KIO z dnia 22.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 319/08).

Odnosnie wykazu robót wynika z niego, że tylko jedną pracę tj. Hala Sportowo-Widowiskowa „Łuczniczka” w Bydgoszczy można uznać za pracę projektową dotyczącą wykonania obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego. Odwołujący podniósł, że przedmiotowa praca projektowa została wykonana w 2002 r., co wynika m.in. ze strony internetowej tej hali, gdzie stwierdzono w sposób nie budzący wątpliwości, że została ona oddana do użytku w 2002 r. Zgodnie z treścią przedmiotowego pisma w 2002 r. zakończono budowę części sportowej hali: „Łuczniczka” w Bydgoszczy, z wyłączeniem pomieszczeń: części gastronomicznej, odnowy biologicznej, kręgielni i sali konferencyjnej oraz zewnętrznych sieci. W latach 2002 - 2006 wykonywano projekty wykonawcze oraz realizowano roboty budowlane dla części komercyjnej hali, pomieszczenia: części gastronomicznej, odnowy biologicznej, kręgielni. Powyższe pismo potwierdza argumentację Odwołującego. Ponadto, stwierdził, że wykonanie prac projektowych hali dot. części gastronomicznej, odnowy biologicznej, kręgielni nie można uznać za spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego.

Odnosnie ARCHIMEDIA stwierdził, że jego działanie to czyn polegający na przypisywaniu sobie (przedsiębiorcy) właściwości, których ten przedsiębiorca nie posiada. Dodatkowo referencje załączone do oferty nie mogą zostać uznane za referencje dla Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zgodnie bowiem z wyżej wskazanymi przepisami oznaczenie przedsiębiorcy powinno zawierać jego imię i nazwisko (vide: art. 43.4 k.c.). Brak właściwego oznaczenia dla kogo są referencje, którymi Wykonawca próbuje wykazać, że spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie mogą stanowić podstawy do uznania, że ten Wykonawca je

spełnia. Wszystkie roboty na jakie powołuje się Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie Krzysztof Janus zostały wykonane przez Archimedia Architekci & Inżynierowie Sp. z o.o. Informacje takie zostały potwierdzone w rozmowach telefonicznych z Zamawiającymi dla poszczególnych prac (wystawcami referencji). Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W dniu 8.10.2009 r. Zamawiający przekazał firmie PP-U „MODUŁ” (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 13.10.2009 r. faxem (20.10.2009 r. wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) PP-U „MODUŁ”, po stronie Zamawiającego, wnosząc o jego oddalenie. Podtrzymał argumentację z przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty Przystępującego oraz Wykonawcy drugiego w rankingu oceny ofert, wezwaniem Zamawiającego skierowanym do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 13.08.2009 r. oraz 24.08.2009 r., wezwaniem do wyjaśnień skierowanym do Przystępującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 02.09.2009 r., odpowiedziami Przystępującego na wezwania z dnia 13 i 24.08.2009 r. oraz z dnia 02.09.2009 r. wraz z załącznikami, po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią Zamawiającego z dnia 07.12.2009 r. na odwołanie, pismem Wykonawcy, tj. Przystępującego z dnia 07.12.2009 r. (w obu ostatnich wypadkach niniejsze pisma zostały złożone na rozprawie), dowodami przedłożonymi przez Zamawiającego na rozprawie (1 - wydrukiem ze strony internetowej Uniwersytetu Jagiellońskiego dotyczącym zawiadomienia o rozstrzygnięciu - wyniku postępowania z dnia 24.10.2007 r., 2 - wydrukiem faxu pochodzącego od Lubińskiej Spółki Inwestycyjnej Sp. z o.o. dotyczącego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.08.2007 r. w postępowaniu na wykonanie projektu hali widowiskowo-sportowej w ramach

Regionalnego Centrum Sportowego OSIR na terenie OSIR w Lubinie), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. Przystępującego oraz drugiej oferty w rankingu oceny ofert, miałby szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym potwierdził się tylko jeden z zarzutów w stosunku do Zamawiającego, względem jego działań w stosunku do oferty Przystępującego (naruszenie art. 7 Pzp jest tylko jego konsekwencją), mimo to z uwagi na art. 191 ust. 1a Pzp, Izba uwzględniła odwołanie. Należy bowiem uznać, że powyższe będzie miało wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia oferty odnośnie tego samego uchybienia więcej niż jeden raz, Izba uznaje w/w zarzut za zasadny i skutkujący uwzględnieniem odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w pkt 3 SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają określone warunki, m.in. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Pzp (pkt 3.4 SIWZ). Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Na potwierdzenie nie zaistnienia m.in. okoliczności wskazanych w przywołanej powyżej podstawie prawnej Zamawiający wskazał w pkt 4 SIWZ dokumenty i oświadczenia składające się na ofertę, w tym wymóg (pkt 4.8 SIWZ) przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenia na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Przystępujący załączył do oferty zaświadczenie Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego w Bydgoszczy z dnia 08.07.2009 r. potwierdzające, że wobec Przedsiębiorstwa Projektowo-Usługowego „MODUŁ” Maria Jankowska-Olbratowska Zenon Nowacki o numerze NIP 5540392614 nie ujawniono zaległości podatkowych według stanu na dzień 08.07.2009 r., oraz zaświadczenie

Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bydgoszczy, potwierdzające stosownie, że Przedsiębiorstwo Projektowo-Usługowe „MODUŁ” S.C./Maria Jankowska-Olbratowska/Zenon Nowacki o numerze NIP 5540392615 oraz REGON 008004977 - płatnik składek zobowiązany do opłacania składek na: a) ubezpieczenia społeczne, b) ubezpieczenia zdrowotne, c) Fundusz Pracy, d) Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, nie posiada zaległości według stanu na dzień 08.07.2009 r. Pismem z dnia 13.08.2009 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o stosowne zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS-u dotyczące każdego wspólnika spółki cywilnej. W dniu 14.08.2009 r. Wykonawca przedłożył takie dokumenty, przy czym były to takie same dokumenty, które załączył do oferty. Zamawiający pismem z dnia 24.08.2009 r. ponownie wezwał Przystępującego do uzupełnienia braków w takim samym zakresie jak pismem z dnia 13.08.2009 r., dodając, że dotyczy to każdego wspólnika spółki cywilnej – indywidualnie. Pismem z dnia 31.08.2009 r. Przystępujący

przedłożył zaświadczenia ZUS-u oraz właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego, obejmujące każdego z Wykonawców (wspólników spółki cywilnej) - indywidualnie, z tym, że zaświadczenia te nie potwierdzały braku zaległości na dzień składania ofert, gdyż określały brak zaległości na dzień wystawienia, czyli 25.08.2009 r. Wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 02.09.2009 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez przedłożenie informacji wyjaśniającej z właściwego urzędu skarbowego i oddział ZUS, czy zaświadczenie Urzędu Skarbowego oraz oddziału ZUS wystawione indywidualnie na każdego wspólnika spółki cywilnej oznacza, iż w dniu 10.08.2009 r., tj. w dniu otwarcia ofert wspólnicy nie zlegali z należnymi składkami i opłatami. W dniu 07.09.2009 r. Przystępujący przedłożył kolejne zaświadczeń ZUS-u i właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego wystawione w dniu 03 i 04.09.2009 r., a zaświadczające stan na dzień 10.08.2009 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 25 Pzp ust.1 pkt Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog dokumentów określa Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił m.in. dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z art. 24 ust.1 pkt 3 Pzp, którego nie spełnienie skutkuje wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty (art. 24 ust. 4 Pzp). Art. 26 ust. 3 Pzp jest wyjątkiem od zasady, aby wszyscy uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

złożyli w określonym terminie (terminie złożenia oferty) wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, tudzież pełnomocnictwa i nie może być nadużywany.

Po drugie, art. 26 ust. 3 Pzp ma na celu sanowanie złożonej oferty pod warunkiem, że uzupełnione oświadczenia lub dokumenty potwierdzają stan faktyczny i prawny obowiązujący najpóźniej na dzień składania ofert.

Po trzecie, potwierdzone jest w orzecznictwie, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wezwanie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wzywany ponownie do uzupełnienia innego dokumentu niż określonego w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach. W przedmiotowym stanie faktycznym bezspornie nie miała miejsca taka sytuacja. Zamawiającemu tak w wezwaniu z dnia 13, jak i 18.08.2009 r. chodziło bezspornie o zaświadczenie z US oraz ZUS-u, także wezwanie z dnia 02.09.2009 r. dotyczyło niniejszych dokumentów urzędowych.

Po czwarte, mimo formalnego wezwania 2-krotnie do uzupełnienia wskazanych wyżej dokumentów *de facto* miało to miejsce trzykrotnie, gdyż czynnością taką była także czynność wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż doprowadziła ona do faktycznego uzupełnienia złożonej oferty poprzez wezwanie do wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów.

Po piąte, bezspornie złożone w ofercie przez Przystępującego dokumenty z US oraz ZUS-u dotyczyły spółki cywilnej, a nie każdego ze wspólników niniejszej spółki, świadczy o tym chociażby NIP przynależny tej spółce, adres oraz brak daty urodzenia, a w wypadku zaświadczenia z ZUS-u także REGON. NIP zaświadczeń uzyskanych „za trzecim razem” jest NIP-em poszczególnych wspólników niniejszej spółki, wskazuje ich adresy oraz daty urodzenia.

Po szóste, w ocenie Izby, żądanie uzupełnienia oferty Przystępującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp było zasadne. Przystępujący nie złożył stosownych zaświadczeń w odniesieniu do każdego ze wspólników spółki. Jednakże, w tym zakresie należy uznać, że Zamawiający winien poprzestać na wezwaniu z dnia 13.08.2009 r. Sformułowanie „dotyczącego każdego wspólnika spółki cywilnej” było wystarczające jasne i precyzyjne, a dodanie słowa „indywidualnie” w wezwaniu z dnia 24.08.2009 r. *de facto* niczego nie precyzowało, gdyż pierwotne zaświadczenia jednoznacznie, jak wykazano powyżej odnosiły się do spółki cywilnej, a nie każdego ze wspólników. Wskazanie imienia i nazwiska wspólników w nazwie spółki nie zmieniało tego stanu rzeczy. Należy bowiem wskazać za stanowiskiem doktryny, że: „Utworzenie spółki cywilnej, poprzez zawarcie umowy spółki, wiąże się m. in. z działaniami w zakresie zgłoszenia obowiązku podatkowego w urzędzie skarbowym. Od tego momentu przedsiębiorcy, będący wspólnikami spółki cywilnej rozliczają się

indywidualnie z podatku dochodowego, natomiast rozliczeń z tytułu podatku od towarów i usług (VAT) dokonuje podmiot będący spółką cywilną. Konsekwencją takiej sytuacji jest konieczność załączania przez wykonawców działających w formie spółki cywilnej do oferty

lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dwóch typów zaświadczeń z urzędu skarbowego o niezaleganiu z podatkami: osobno dla wspólników w zakresie podatku dochodowego, osobno jako spółka w zakresie podatku VAT." (J. A. Laskowski: „Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia”, Zamówienia publiczne Doradca, nr 118/2007).

Po siódme, spółki cywilnej nie można uznać za samodzielnie wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, ponieważ nie ma samodzielnej zdolności prawnej. Spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43 i K.c. oraz w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.), ponieważ odrębna ustawa nie przyznaje jej zdolności prawnej, jak to ma miejsce np. w przypadku spółki jawnej (art. 8 KSH). Zgodnie z art. 4 ust. 2 ww. ustawy przedsiębiorcami są wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, zaś spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązanym wspólników – przedsiębiorców zawiązanym na podstawie Kodeksu cywilnego, dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego (art. 860 K.c.). Należy więc uznać, że to nie spółka cywilna, lecz jej wspólnicy – przedsiębiorcy są Wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, dlatego też zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami oraz opłatami na rzecz ZUS-u musi dotyczyć wszystkich wspólników, ponieważ to oni jako przedsiębiorcy w ramach działalności spółki cywilnej ubiegają się o zamówienie. Wyodrębnienie substratu w ramach spółki cywilnej pod względem majątkowym i osobowym nie zmienia tego stanu rzeczy. Brak też jest podstaw do uznania, że tylko poszczególni wspólnicy spółki cywilnej muszą spełniać wymogi SIWZ i Pzp, a nie musi ich spełniać spółka cywilna. Definicji przedsiębiorcy zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej nie można bowiem przenosić na grunt prawa podatkowego. Dotyczy to w szczególności podatku VAT, składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne pracowników opłacane do ZUS. Spółka cywilna na gruncie prawa podatkowego w zakresie podatku VAT jest odrębnym od jej wspólników podmiotem posiadającym odrębny numer NIP (art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług – Dz. U. z 2004 r., Nr 53, poz. 535 z późn. zm.), gdyż uznaje się ją za osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. W konsekwencji spółka cywilna powinna złożyć stosowne zaświadczenia US i ZUS-u na każdego z jej wspólnika (odnośnie podatku dochodowego od osób fizycznych albowiem z punktu widzenia tego podatku spółka cywilna jest transparentna tzn. nie jest uznawana za podatnika. Opodatkowaniu podlegają zaś poszczególni wspólnicy w stosunku do przyznanego im udziału w zyskach spółki) oraz na samą spółkę (odnośnie VAT-u) oddzielnie.

Po ósme, Izba wskazuje, że po nowelizacji z 4 września 2008 r. uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zaświadczenia z US i ZUS-u z datą po terminie składania ofert, w jej ocenie nie jest faktycznie możliwe. Izba nie neguje, że wskazany organ podatkowy i ZUS mogą wydać zaświadczeń według stanu na dzień podany przez wnioskodawcę, co

prawdopodobnie miało miejsce „ostatecznie – za trzecim razem” w przedmiotowym stanie faktycznym. Zaświadczenia ZUS bowiem wydawane są w trybie Kpa – art. 217 i 218, natomiast zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego w trybie art. 306a i następnych Ordynacji podatkowej. W Ordynacji podatkowej określono zaś, że zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, ale także, że zaświadczenie wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy (art. 306a § 3 i 4). Jednakże, w ocenie Izby nawet uzyskanie takich dokumentów w tym trybie, wystawionych z datą po terminie składania ofert, a odnoszących się do czasookresu przed terminem składania ofert nie można uznać za skuteczne prawnie, gdyż potwierdzają one *de facto* stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, a nie w terminie oznaczonym w SIWZ i nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Uzupełnienie dokumentu z datą późniejszą skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania. Z uwagi na niniejsze, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli odrzucenia oferty Przystępującego, poprzez uzupełnienie oferty Przystępującego w trybie naruszającym art. 26 ust. 3 Pzp oraz poprzez uznanie, że Przystępujący spełniał warunek wymaganego

doświadczenia zawodowego, Izba oddaliła. Odwołujący nie wskazywał w proteście i w odwołaniu żadnych przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy wyraźnie odróżnić odrzucenie oferty w związku z jej niezgodnością z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), a wykluczeniem wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu bądź niewykazania jego spełniania (art. 24 ust. 1 pkt 10 bądź art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp). Inne są przesłanki odrzucenia oferty, a inne – wykluczenia wykonawcy.

Jednocześnie Izba wskazuje, że mimo wskazania błędnej podstawy prawnej, zarzuty Odwołującego względem Przystępującego *de facto* dotyczą zaniechania wykluczenia Wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu bądź niewykazania jego spełniania (art. 24 ust. 1 pkt 10 bądź art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zostały one konsekwentnie podtrzymane tak w proteście, jak i odwołaniu, z tych względów podlegały one rozpatrzeniu przez Izbę.

W ocenie Izby drugi z zarzutów dotyczących Przystępującego odnosił się do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, tj. zaniechania wykluczenia Przystępującego, mimo że nie spełniał on warunek wymaganego doświadczenia zawodowego. Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający żądał (w pkt 3.2 lit. b SIWZ), aby Wykonawcy wykazali się, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, tj. 2 prace projektowe dotyczące obiektu kubaturowego, w tym co najmniej jednego zadaszonego obiektu sportowego lub zadaszonego obiektu widowiskowego, o wartości każdego projektu co najmniej 1.000.000,00 zł brutto lub o wartości kosztorysowej robót min. 50.000.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku Zamawiający wymagał (pkt 4.11 SIWZ) przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – wypełniony załącznik nr 4. Ponadto, wymagał przedłożenia dokumentów potwierdzających, że prace wskazane w tym wykazie (co najmniej 2), zostały wykonane należycie (pkt 4.12 SIWZ).

Z przedstawionego przez Wykonawcę wykazu (str. 8 oferty) wraz z referencjami (str. 69-71 oferty) wynikało, że: po pierwsze Przystępujący wykazał się usługą spełniającą warunek na rzecz INTER IKEA Center Polska S.A. (poz. 2 wykazu) okoliczność bezsporna między stronami, po drugie Przystępujący wykazał się pracą, tj. Halą Sportowo-Widowiskową „Łuczniczka” w Bydgoszczy, którą Odwołujący uznaje za nie spełniającą tak przedmiotowo, jak i kwotowo warunku z pkt 3.2 lit. b SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego i Przystępującego. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w poz. 1 wykazu niniejsza praca była realizowana zgodnie z jedną umową realizowaną w dwóch etapach: I etap – od 200 do 2001 r., II etap od 2005 do 2006 r., dotyczyła wielobranżowego projektu budowlanego i projektu wykonawczego budynku Hali Widowiskowo-Sportowej „Łuczniczka” w Bydgoszczy, wartość umowy: 1.464.000,00 zł. Stanowisko Odwołującego, który dokonywał „sztucznego” podziału jednej umowy, tego samego budynku wskazując, że: „część sportowa w ramach hali (...) została oddana do użytku pod koniec 2002 r. Pozostała część ani przedmiotowo ani kwoto nie odpowiadała warunkowi przedstawionemu. (...)”, w ocenie Izby jest nietrafne. Należy wskazać, że Przystępujący trafnie wskazywał na rozprawie, że chodzi o jeden budynek, wielki kubaturowo oraz stanowiący funkcjonalną całość. Ponadto, tzw. część sportowa była realizowana także w ramach II etapu, np. kręgielnia. Odwołujący nie zaprzeczał na rozprawie powyższemu stanowisku Przystępującego, nie przedłożył także na potwierdzenie swojego zarzutu żadnego dowodu. Reasumując Izba stwierdza, że przeważającą okolicznością na oddalenie zarzutu, jest fakt, którego Odwołujący nie kwestionował, że wykazywana praca była realizowana w ramach jednej umowy.

Na marginesie Izba nie neguje słuszności stanowiska Odwołującego odnośnie nie możliwości bezkrytycznego przyjmowania oświadczeń w ramach postępowania i konieczności

ich weryfikować zwłaszcza w sytuacji wskazania ich wad w proteście i odwołaniu. Jednakże nie miało to miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym.

Odnosnie referencji przedłożonej na potwierdzenie należytego wykonania omawianej pracy projektowej, Izba przywołuje w tym zakresie stanowisko orzecznictwa przytoczone w piśmie Przystępującego z dnia 07.12.2009 r. Z uwagi na niniejsze, Izba uznała jak na wstępie.

Podsumowując zarzuty w stosunku do oferty Przystępującego, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, który skutkuje uznaniem, że Przystępujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp podlega wykluczeniu, gdyż nie złożył dokumentów z pkt 4.8 SIWZ potwierdzających spełnianie warunku z pkt 3.4 SIWZ. Skutkiem niniejszego jest uznanie oferty Przystępującego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Odnosnie zarzutów względem oferty Archmedia Pracownia Architektoniczna Architektki & Inżynierowie Krzysztof Janus, Izba wskazuje, że żaden z przytoczonych argumentów nie uzasadnia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, całość argumentacji mieści się w ocenie Izby w zarzucie złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Chodzi bowiem o przypisywanie sobie (przedsiębiorcy) właściwości, których ten przedsiębiorca nie posiada. Jednakże w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył wskazanego przepisu.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Wykonawca składając ofertę wskazał na stronie tytułowej, że jest nim Archmedia Pracownia Architektoniczna Architektki & Inżynierowie, właściciel arch. Krzysztof Janus. Wskazał NIP 697-137-00-85, REGON 631110220. Powyższe dane zawarte są na każdej stronie ofert w ramach informacji wynikających z pieczętki. Zaświadczenie o dokonaniu zmiany wpisu do ewidencji działalności gospodarczej (str. 8 oferty) stwierdza, że – przedsiębiorcą Krzysztof Janus jest Archmedia Pracownia Architektoniczna Architektki & Inżynierowie, przywołując NIP wskazany wcześniej. Podobnie wynika z zaświadczenia z US oraz ZUSu, w tym ostatnim wypadku podaje niniejsze zaświadczenie także REGON tożsamy z wskazanym na każdej stronie oferty. Także polisa wystawiona przez HESTIE oraz PZU SA podają te same dane. Polisa PZU SA podaje NIP i REGON przywołany wcześniej. Ponadto, w ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej InterRisk wskazuje się na Archmedia Pracownia Architektoniczna Architektki & Inżynierowie Krzysztof Janus. Wykonawca powołuje się w załączonym wykazie (str. 42 i nast. oferty) na doświadczenie zawodowe uzyskane przy realizowaniu następujących zadań: poz. 1) Opracowanie dokumentacji projektowej na zadanie pn. „Hala widowiskowo-sportowa w ramach Regionalnego Centrum Sportowego OSIR na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji w Lubinie”, poz. 2) Wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla inwestycji pod nazwą: „Budowa i wyposażenie Dolnośląskiego

Centrum Informacji Naukowej i Ekonomicznej na terenie Akademii Ekonomicznej we Wrocławiu”, 3) Opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej, dokumentacji projektowej wraz z załącznikami dla zamierzenia inwestycyjnego Paderevianum UJ – I etap w Krakowie. Dodatkowo niezależnie od wykazu wskazał także na hale sportowo - widowiskową w Koszalinie. W załączonych referencjach używa się sformułowania: „dla ARCHIMEDIA Architektki & Inżynierowie”, „DLA PRACOWNI ARCHITEKTONICZNEJ ARCHIMEDIA”, „z Pracownią ARCHIMEDIA”, zaś w pozwoleniach na budowę: a) dla inwestycji w Lubinie stwierdza się, że egzemplarz otrzymuje Archimedia Konsorcjum, b) dla inwestycji w Krakowie - Archimedia Architektki & Inżynierowie Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Po pierwsze, w ocenie Izby Wykonawca, którego status jest bezsporny między stronami Archmedia Pracownia Architektoniczna Architektki & Inżynierowie Krzysztof Janus nie złożył oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Nie wprowadził także Zamawiającego, ani też Odwołującego w błąd co do osoby przedsiębiorcy przez wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa. Świadczy o tym, chociażby brak spory w tym zakresie między stronami. Izba wskazuje, że Wykonawca określił w sposób zgodny z kodeksem cywilnym kto jest Wykonawcą, tzn. kto składa ofertę. Każda ze stron oferty wyrażnie bowiem wskazuje właściciela arch. Krzysztofa Janusa. Zaś w ewidencji działalności

gospodarczej wskazano wyraźnie, że przedsiębiorcą jest Krzysztof Janus. Zaś nazwa firmy to: Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie.

Po drugie, w ocenie Izby, brak jednoznacznego wskazania co do podmiotu na rzecz którego wystawiana jest referencja, mogłoby co najwyżej stanowić podstawę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, nie zaś przesłankę do odrzucenia oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym działanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie jest jednakże konieczne z uwagi zebrany materiał dowodowy w sprawie.

Po trzecie, Izba stwierdza, że wiążące jest oświadczenie woli wyrażone w przedłożonym wykazie, a referencje mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie wykazanych zadań.

Odnosnie zgodności podmiotowej Wykonawcy, który złożył ofertę z tym wskazanym w referencjach i jego prawa do wykazywania się wskazanymi powyżej zadaniami, Izba wzięła pod uwagę dowody przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego: 1 - wydruk ze strony internetowej Uniwersytetu Jagiellońskiego dotyczący zawiadomienia o rozstrzygnięciu - wyniku postępowania z dnia 24.10.2007 r., 2 - wydruk faxu pochodzącego od Lubińskiej Spółki Inwestycyjnej Sp. z o.o. dotyczący zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.08.2007 r. w postępowaniu na wykonanie projektu hali widowiskowo-sportowej w ramach Regionalnego Centrum Sportowego OSIR na terenie OSIR w Lubinie. Ponadto, Izba uznała za fakt powszechnie znany treść ogłoszenia

o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 228-277671 w dniu 26.11.2007 r. oraz treść ogłoszenia dostępnego na stronie:

http://zamowieniapubliczne.ae.wroc.pl/013_07%20informacja%20o%20wyborze.doc.

Z powyższego materiału dowodowego wynika, że Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie działając w konsorcjum z Archmedia Pracownia Architektoniczna Architekci & Inżynierowie Sp. z o.o. zrealizowała wszystkie trzy przywołane w wykazie zadania. Izba w tej materii uznaje zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, że doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum jest doświadczeniem poszczególnych jego członków i uprawniania ich do wykazywania się nim także indywidualnie w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że przedstawione przez Odwołującego wraz z protestem dowody, tj. 3 wydruki ze stron internetowych, nie potwierdzają faktów na okoliczność których zostały złożone, co więcej dowody złożone na rozprawie oraz inne stosowne informacje o charakterze ogólnie dostępnym zaprzeczają twierdzeniom Odwołującego. Kwestia zadania realizowanego w Koszalinie przez Wykonawcę drugiego w rankingu oceny ofert, jako bezsporna między stronami nie była przedmiotem rozpoznania przez Izbę, tym bardziej, że niniejsze zadanie nie zostało wskazane w przedłożonym wykazie. Z uwagi na niniejsze, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez działania wykraczające poza przesłanki wynikające z tego przepisu, w odniesieniu do oferty Przystępującego, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe naruszenie nie odnosi się do Wykonawcy drugiego w rankingu oceny ofert (pismo Zamawiającego z dnia 10.09.2009 r.)

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie. Dodatkowo wskazując, że wszelkiego rodzaju wnioski o zasadzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych są nieskuteczne z uwagi na wskazana powyżej podstawę prawną, nakazującą czynić niniejsze na podstawie rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*